POR MARTIN DE HARANA, Y CONSORTES MENORES, COMO HEREDEROS DE PEDRO DE HARANA SU PADRE, VEZINOS DE LA CIUDAD DE CORDOUA. EN EL PLEYTO,

CON

La dicha Ciudad, y Diego Muñoz de Toledo, vezino de ella.

---

1 PARA LA INTELIGENCIA de este pleyto se supone en el hecho, que en 28. de Abril de 1581. el Iurado Francisco Sanchez de Toledo impuso, y cargò sobre ciertos bienes vn censo de onze mil marauedis en cada vn año por 154U. marauedis de principal en fauor de Francisco Ramirez Nuñez hijo de el Licenciado Pedro Nuñez de Toledo, y de doña Cathalina de Herrera, y en veynte y quatro de Mayo de 1585. el dicho Francisco Ramirez, y doña Cathalina su madre vendieron a Iulio Espinosa, el dicho censo, obligandose a el saneamiento, y dieron por sus fiadores, a doña Mariana de Toledo, Diego, y Pedro Nuñez de Toledo hermanos del dicho Francisco Ramirez, los quales se

obligaron como principales, renunciando el beneficio de la excusion, y obligado sus bienes, y por especial, y expressa hypoteca, vnas casas sobre que viene a ser este pleyto.

2 ¶ En 9. de Março de 1588. Felipe, y Vincencio Centurion, con poder de Iulio Espinola, vendieron el dicho censo a Pedro de Harana, y le cedierõ todos los derechos de euiccion, saneamiento, y juramento, que tenia contra los principales, y sus fiadores,

3 ¶ Y parece, que el dicho Diego Nuñez de Toledo fiador, y hermano de Francisco Ramirez, fue mayordomo del posito de la dicha Ciudad del año de 1610. y auiendo sido alcançado en 1. quento 335183. marauedis. La Ciudad pidio por ellos execucion cõtra el susodicho, y se hizo en las dichas casas de la hypoteca, a la qual se opusierõ el dicho Martin de Harana, y consortes, como herederos de Pedro de Harana su padre, pretendiendo auian de ser preferidos en las dichas casas, por el principal, y reditos de su censo, y por no auerse hecho excusion en los bienes de Francisco Sanchez de Toledo, el Iuez declarò, que mientras nò se hiziesse, no auia lugar lo q̃ pedian los dichos menores, y mãdò que el dicho Diego Nuñez diesse fianças de estar con ellos a derecho, y pagar lo en que [fu]esse condenado hecha la dicha excusion, y que no dandolas, [l]as casas se vendiessen con la dicha carga.

4 ¶ De esta sentencia apelaron los menores, y sin embargo en execucion de ella, las casas se remataron en la dicha Ciudad, en dos de Mayo de mil y seiscietos y diez y siete por el principal, costas, y salarios de su deuda con las cargas q̃ tenian de hypotecas anteriores.

5 ¶ Y por Março de 1621. los dichos menores pidierõ, que con citacion de la Ciudad se hiziesse excusion en los bienes de Francisco Sãchez de Toledo, para poder cobrar de Frãcisco Ramirez, y sus fiadores, y de las dichas casas. Y auiendo se cõtradicho por parte de la Ciudad, y dadose vn memorial de bienes, q̃ dezian auer de Francisco Sanchez de Toledo, y re[pli]cadose por parte de los menores, que erã bienes litigiosos, [y] n[o] ciertos, y a que auia concurso de acreedores, de mas de doze mil ducados. En diez de Iulio de 1621. se mandò, que sin perjuyzio de la via executiua, la Ciudad dentro de nueue dias diesse bienes libres, y desembargados de Francisco Sanchez, de los quales los menores pudiessen en el grado que les

toca-

tocaua conforme a la sentencia del concurso hazerse pago, y no dandolos dentro de otros nueue, la dicha Ciudad les hiziesse pago del principal y reditos de su censo, como posseedora de las dichas casas, pena de execucion.

6 ¶ Por no auer cumplido la Ciudad con lo vno, ni lo otro, en dos de Agosto se dio mandamiento de execucion contra los bienes de Diego Nuñez y dichas casas, y auiendose hecho en ellas y opuestose la Ciudad, se pronunció sentencia de remate, y en virtud della las casas anduuierõ en pregones, y vuo varias posturas, y puxas, y vltimamente como en mayor ponedor se rematarõ en el curador de los dichos menores, en precio de 420U. marauedis, y lo q̃ se les deuia de principal y reditos parece eran 432U460. marauedis.

7 ¶ La Ciudad pidio despues restitucion contra el remate, por dezir se auia hecho en menos de lo que las casas valian; los menores lo consintieron como vuiesse quien diesse lo que la Ciudad dezia, y en 23. de Iulio de 1622. se denegò a la Ciudad la restitucion, con que pagando a los menores los marauedis de la execucion y apremio, los susodichos boluiessen las casas al posito de la Ciudad.

8 ¶ Y auiendose quedado en este estado, por Março de 1626. Diego Nuñez de Toledo, y doña Mariana su hermana pusieron demanda a los dichos menores, pretendiẽdo estauan pagados con los alquileres y corridos de las casas, y que assi las deuian restituyr y assentarse a cuentas.

9 ¶ Los menos se defendieron con el remate de las dichas casas, que se les hizo legitimamente, y que en virtud del, las posseian y eran suyas.

10 ¶ La sentencia fue absoluer, y dar por libres a los menores.

11 ¶ De la qual se apelò por parte de Diego Nuñez, y se dixeron agrauios, assi de la dicha sentencia, como de el auto de 10. de Iulio de 1621. pretendiendo se auia de reuocar, y dar por ninguno todo, y por atentada la excusiõ y remate que se hizo en virtud del dicho auto.

12 ¶ La Ciudad salio tambien diziendo agrauios del auto de 10. de Iulio y 2. de Agosto, sentencia de remate, y auto de 23. de Iulio de 1622. pretendiẽdo se auia todo de reuocar, y lo en su virtud hecho y executado.

Y los

13 ¶ Y los menores hijos de Pedro de Harana pretenden, que los dichos autos y ſentencia de remate eſtan paſſados en coſa juzgada, y el remate hecho legitimamente, y que aſsi ſe deue denegar a la Ciudad lo que pretende, y confirma la ſentencia del inferior.

14 ¶ Supueſto lo qual en dos articulos, procuraremos juſtificar la pretenſion de los menos hijos de Pedro de Harana.

15 ¶ En el primero, que los autos y ſentencia de remate de que ha dicho agrauios la Ciudad, eſtan paſſados en coſa juzgada, y lo eſtà tambien para con Diego Nuñez el de diez de Iulio de 1621. de que ha dicho agrauios, y q̃ quando no lo eſtuuieran fueron juſtos, y el remate ſe hizo legitimamente.

16 ¶ En el ſegundo, que ſe deue confirmar la ſentencia del Alcalde mayor de Cordoua, que abſoluio a los menores de la demanda de Diego Nuñez de Toledo.

ARTICVLO PRIMERO.

17 De tres autos y vna ſentẽcia ha dicho agrauios la Ciudad, de el proueydo en diez de Iulio de 1621. referido ſupra n. 4. cũ ſeqq. del de dos de Agoſto de aquel año, en que ſe mandò deſpachar mandamiento de execucion, de la ſentencia de remate pronũciada en 9. de Otubre del miſmo año, y del auto proueydo en 23. de Iulio de 1622. en que ſe le denegó la reſtitucion pedida.

18 ¶ Y todos ellos paſſaron en coſa juzgada, con que ni ſe pudieron dezir agrauios, ni introduzir juyzio en eſta Chancilleria en grado de apelacion, porque el de diez de Iulio de 1621. como parece de lo compulſado, fol. 70. ſe notificó al procurador de la Ciudad, y aunque apelló in voce apud acta, eſta apelacion fue ninguna, porque ſe deuia interponer in ſcriptis per por peticion, ſegun la forma dada por derecho, y de otra ſuerte, ni fue legitima, ni deuio impedir la execucion del dicho auto, *l.* 1. §. *libelli*, *l. à ſententia, ff. de appellat.* & vtrobique notant DD. Ruginelo, *tractat. de appellat. in præfact. num.* 38. & 39. Scaccia, *eodem tractat. quæſt.* 4. *num.* 5. latê & videndus Salgad. de *reg. protection.*

tection.2.part.cap.2.á num. 77. cum seqq. vbi etiam post innumeros probat, non sufficere libellum appellationis tradi notario, nisi intra decẽ dies coram iudice præsentetur.

19 ¶ Y solo pudiera ser de efeto la apelacion in voce, si luego se interpusiera coram iudice adhuc pro Tribunali sedente, *l. Diuus,* ibi; *Confestim autem de pro Tribunali sedẽtem adijt, ff. de in integr. restit.* que es como se han de entender los text. *in l. 2. & l. á sententia 5. §. fin. ff. de appellat. l. litigatoribus 14. C. eodem,* vt notant gloss. & alij in *dict. l. 2. & in dict. l. litigatoribus,* vbi etiã Bart. idem, *in l. 1. §. libelli,* & ibi etiam Angel. & alij, *ff. de appellat.* Marant. *tit. de sentent. num. 18.* Minsinger. *cent. 1. obseru. 66.* Eman. Suar. *commun. opin. liter. A. num. 203.* Villalob. *ead. lit. nu. 120.* Guid. Pap. *decis. 436. num. 11.* D. Gregor. per textum ibi in *l. 22. tit. 23. part. 3. glos. 1.*

20 ¶ Y siendo como fue el dicho auto interlocutorio, nunca bastará la apelacion apud acta etiam si in continenti, & coram iudice pro Tribunali sedente interponeretur ex text. *in cap. 1. de appellat. lib. 6.* Eman. Suar. Villalob. Guid. Pap. & Marant. vbi supra, Andr. Gall. *lib. 1. obseruat. 130. á num. 1. & 6. & obseruat. 138. nu. 2.* Minsing. *centur. 3. obseru. 15. num. 13. & obseruat. 35.* Capic. *decis. 34. num. 9.* Cappell. Tholos. *decis. 129.* Osasc. *decis. 6.*

21 ¶ Y del auto de dos de Agosto, en que se mandó despachar mandamiento de execucion, no apelò la Ciudad, aunque se opuso a la execucion, ni podia apelar, porque no auiendose apelado del auto de diez de Iulio, y viniendo en consequencia necessaria del mandamiento de execucion, era preciso el mandarlo dar, y de ello por ser en execucion del primero auto passado en cosa juzgada, no se podia apelar, Bald. *in l. si cũ exceptione, §. hæc autem actio, ff. quod met. caus.* Capic. *decis. 1. num. 23.* Scaccia, *de appellat. quæst. 17. limit. 10. nu. 11.* Cæs. Cõtard. *in l. vnica, C. si de momeut. possess. limitat. 19. num. 16.* Escouar, *de ratiocin. cap. 33. num. 25.* & pluribus adductis Salgad. *part. 2. cap. 3. á num. 7. & per tot.*

22 ¶ La sentencia de remate passò tambien en cosa juzgada, porque se notificò a la parte de la Ciudad, y de Diego Nuñez de Toledo: y aunque al tiempo de la notificacion el procurador de la Ciudad apelô, no fue de momento

mento esta apelacion, porque deuia interponerse in scriptis & non viua voce apud acta, ex dictis supr. n. 2. Y porque todo el juyzio executiuo fue in complementum & executionem del auto de diez de Iulio, y auiendose este passado en cosa juzgada, no se podia apelar de la dicha sentencia, vt præcedenti animaduertimus.

23 ¶ Y lo mismo se deue dezir del auto de 23. de Iulio de 1622. en que se denegò la restitucion pedida por la Ciudad, porque concurren las mismas razenos, que ponderamos en el nu. antecedente para la sentencia de remate.

24 ¶ Y no se podra dezir, que por via de restitucion podrá ser oyda la Ciudad, aunque no apelasse en tiempo, o legitimamente, porq̃ no la ha pedido, y assi no se le puede, ni deue conceder, argum. *l. 3. ff. de in integr. restit. l. 1. §. causa cognita, & l si iudex, ff. de minorib* tradunt Ioann. de Immol. *in cap. cum venissent, de institut.* Zauarel *in Clement. 1. nu. 2.* & ibi Vital *num. 31. de restitut. in integr.* Roman. *singul.* 462. & ibi Gabr. Sarain. dicens communem Rebuff. *ad ll. Gallic. titul. de restitut. in integr. art. 1 gloss. 3. n. 27.*

25 ¶ Demas, que salio diziendo agrauioe por Abril de 1632. diez años despues de la pronunciacion y notificacion de la dicha sentencia y autos, y dẽtro de quatro años se deue pedir la restitucion por las Ciudades y comunidades, *cap. 1. de restitut. in integr. lib. 6. Clem. 1. eodem titul. l. fin. tit. 19. parti. 6.* Sphort. *de restitut. part. 1. quæst. 19. artic. 3. per tot.*

26 ¶ Y aun quãdo la restitució es aduersus lapsũ minoris temporis, solo ay de termino para pedirla otro tanto cõmo el señalado, iute communi, por cuyo lapso se siguio la lesion, vt inquit gloss. *in l. sed & si per Prætorem, §. & feriæ, versicul. Vnius, ff. ex quibus caus. maior.* Bart. Bald. & cæteri *in l. fin. C. de temp. in integr. restit.* Tiraquel. *de retract. lignag. 1. part. q. 19. artic. 4. per tot.*

27 ¶ Y en terminos de restitucion, aduersus appellationem omissam, que solo se pueda pedir dentro de otros diez dias, consuluit Ruyn *cons. 39. num. 5.* sequitur Sphort. *dict. artic 4. num 46.*

28 ¶ Tampoco pudo dezir agrauios del auto de diez de Iulio de 1621. Diego Nuñez de Toledo, por auerse tãbien ed quanto a el, passado en cosa juzgada, tũm, porque aunque no se le notificò, tuuo noticia del, y de todo el pleito exe-

to executiuo; y de la sentencia de remate, la qual se le notificò, y que diesse mayor ponedor a los bienes executados, y nunca interpuso apelacion alguna, con que no se puede dudar, que todos los autos, y sentencia del pleyto executiuo, le prejudicaron, y passaron para con el en cosa juzgada, pues aunque no se le vuiera notificado la dicha sentencia, bastaua tener de ello noticia, para que desde el dia de ella le corriera el termino para apelar, vt resoluit Franc. *in cap. si quis, num* 46. versic. *Vlterius dubitatur de appellat.* Lancellot. *de attentat.* 2. *part. c.* 12. *limit.* 50. *n.* 162. Salgad. *d.* 2. *p. c.* 2. *n.* 61.

29 ¶ Tum etiam, porque el articulo de la excusion no se litigò con Diego Nuñez, ni en el era el susodicho interessado, y asi de ningun auto concerniente a el puede apelar, *l.* 2. §. 1. *ff. quand. appelland. sit*, ibi; *Quia in aliena causa ei qui in iudicio expertus non est, appellare non licet*, & ibi notant Bartol. & cæteri Petr. Gregor. *lib.* 2. *de appellatio. cap.* 14. *& lib.* 5. *cap.* 2. Menchaca, *lib.* 2. *controuers. vsu frequent. cap.* 39. Donell. *libr.* 28. *comm. cap.* 6. & ibi Osuald. *litera D.* ni fue necessario citarle, porque bastò hazerse el juyzio con la Ciudad, que era la posseedora de las casas, y la interessada en la execucion, ex Angel. & Ias. *in* §. *item si quis in fraudem, Institut. de actionibus*, Parlador. *libr.* 2. *rerum quotidian. cap. fin.* 4. *part.* §. 7. *num.* 20. Surd. *decis.* 256. *numer.* 17. Anton. Heringe. *de fideiussor. cap.* 27. *p.* 1. *n.* 8.

30 ¶ Túm denique, porque poniendo Diego Nuñez demanda a los menores herederos de Pedro de Harana, para que se assentassen con el a cuentas, y se viesse si con los elquileres de las casas estauan ya pagados, y estandolo se las boluiessen, omninò, se excluyò de poder apelar del auto de diez de Iulio, y con ello fue visto consentir expressamente el remate, y apartarse de qualquier apelacion, que vuiesse interpuesta, pues aun con vn solo parecer ante el Iuez, à quo, y hazer qualquiera acto, fuera visto renunciar su apelacion, y quedàra excluydo de este remedio, text. est, *in cap. cum venisset* 25. *de testibus, cap. gratum* 20. *de officio & potestate iudic. delegat. cap. solicitudinem* 54. *in fin. de appellationibus*, vbi notant omnes Scacc. *de appellation. quæst.* 17. *limitat.* 2. *à num.* 14. *cum seqq.* Salgad. *de Reg. protect. c.* 5. *à n.* 76. *&* 96. *cum seqq.*

Pero

31 ¶ Pero quando sin perjuyzio de la verdad cessara lo dicho, y dieramo sq̃ se pudiera tratar de la justificacion de los dichos autos y remate, es notoria, y todo se deuia confirmar, porque Pedro de Harana padre de los dichos menores comprò el dicho censo de Iulio Espinola, y expressamente se le cedieron todos los derechos de euicció, saneamiento, y juramento que a el dicho Iulio Espinola competian, como parece de la escritura de venta, ibi: *Y le cedio todo el derecho, accion, y recurso que el dicho Iulio Espinola tenia euiccion y saneamiento, y juramento diferidos en el, contra los obligados fiadores, y asseguradores, &c.* Con que sucedio en todos los derechos de Iulio Espinola, y los puede exercer como el susodicho pudiera, *l. si donata*, 37. & ibi glos. verb. *de euictione, ff de donat. inter.* Ioan. Crot. *cons.* 73. *n.* 10. Bertazol. *cons ciuil.* 42. *n.* 9. Surd. *cons.* 532. *n.* 6.

32 ¶ Y asi auiendo faltado y salido no cobrable el dicho censo, pudieron los dichos menores en virtud de la dicha cesion recurrir contra Francisco Ramirez, y sus fiadores que lo vendieron, cum ex natura enim emptionis & venditionis debeatur euictio, licet nõ promittatur, *l. si in venditione, ff. de euictionib. l. non dubitatur. C. eod. l.* 32. *titul.* 5. *part.* 5. Mastril. *decis.* 28. *p.* 2. Mar. Giurb. *decis* 87. *num.* 8.

33 ¶ Y no ay duda de que el contrato que se celebrô entre el dicho Francisco Ramirez, y Iulio Espinola fue verdadera venta, porque interuino el traspasso del derecho que Francisco Ramirez tenia para cobrar el dicho censo, que era lo que se vendia, y precio cierto que son las partes sustanciales del contrato de compra y venta, *l.* 1. *ff. de contrab. empt. l.* 1. *ff. de rer. permut. l. naturalis* 5. §. 1. ibi: *Et siquidem pecuniam dem, vt rem accipiam, emptio & vẽditio est, ff. de præscrip. verb.* & probatur ex *toto tit. ff. & C. de hæredit. vel act. vend. l. ab Anastasio, & l. per diuersas, C. mãdat.* & in terminis tradunt Dom. Couarr. *lib.* 3. *variar. c.* 7. *num.* 2. *vers. Quinto*, Sarmient. *lib.* 7. *select. cap.* 1. *num.* 13. Parlador. *lib.* 1. *quot. cap.* 3. §. 2. *n.* 27. Lassart. *de decim. vẽdit. c.* 9. *a n.* 35. & *c.* 10. *n.* 7. & 8. Ioan. Gutier. *lib.* 2. *pract. q.* 173. Auendañ. *de censib. cap.* 34. Gaspar Roder. *eodem tract. lib.* 1. *q.* 8. Ludou. Cenc. *eodem tract.* 2. *p. ca.* 1. *q.* 1. *art.* 2. *n.* 9. & *seqq.* & *c.* 2. *q.* 2. *art.* 6. *a n.* 15.

Sin

34 ¶ Sin que a lo dicho obste dezir, que lo que Francisco Ramirez vendio a Iulio Espinola, fue la accion y derecho que tenia para cobrar el dicho censo, y que solo estuuo obligado a hazer cierto este derecho: y que Francisco Sanchez de Toledo deudor del dicho censo verdaderamente lo fuesse, pero no a que fuesse abonado el susodicho, y cobrable de hecho el dicho censo, vt decissum videtur *in l. si nomen 4. ff. de hæred. vel act. vend. cum similib.*

35 ¶ Porque se responde lo primero, que en la especie de la dicha *l. si nomen* solo se vendio el derecho y accion que el acreedor tenia contra su deudor, vt patet ibi: *Si nomen sit distractum, &c.* pero quando se vende vn censo ya constituydo, no solo se vende el derecho de percibir los reditos, pero hasta en la concurrente cantidad parte de los bienes sobre que está constituydo; porque esto es lo que por la primera imposicion del censo comprò el cõprador, vt expresse probat *l. 3. titul. 15. lib. 5. Recopil.* ibi: *Porquanto nos es hecha relacion que se escusarian muchos pleytos, sabiendo los que conpran censos y tributos, los censos è hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, &c.* vbi Matienç. *glos.* 1. inquit esse textum singularem ad hoc, quod emptor census videtur emere domum, vel fundum, super quo census imponitur, & eum breuis manus fictione reddere venditori, vt super eo census fundetur, argum. text. *in l. singularia 15. ff. si cert. petat,* & idem tradidit ibi Azeued. *n. 1. & 2.* & Anton. Gom. *in l. 68. Tau. nu. 2.* Y asi como en la venta de qualesquier bienes rayzes se deue en este caso la euiccion.

36 ¶ Lo segundo, que la disposicion de la dicha *l. si nomen*, procede quando el comprador sabia la calidad del deudor, cuya deuda compraua, porque entonces fue visto comprarlo con esse peligro, & sibi debet imputare: secus vero est, quando el comprador ignoraua la poca seguridad del credito, y que el deudor non erat soluendo: tunc namque deue tener recurso contra el vendedor: per *l. nam hoc natura,* inde enim est, ac si debitor nihil deberet, *ff. de condit. in leb.* & cum venditor lucro captando, emptor autem de vitando damno certet, potius emptori succurrẽdum est, *l. vlt. C. de codicill.*

37 ¶ Et in specie probatur á cõtrario sensu, *l. pro-*

 mitten-

mittendo 42. §. si à debitore, ibi; *Quod sciens tale nomen secutus, &c. ff. de iur. dot.* & tradunt Bart. *in l. si cum dotem, §. si mulier*, & ibi Alexan. *n. 4. ff. solut. matrim.* Petr. Barbos. *in l. æstimatis, n. 11. ff. eod.* Vincent. de Franch. *decis. 108. à n. 3. cum seqq. & decis. 427. n. 6.* Guzman, *de euiction. q. 35. num. 21.*

38 ¶ Et in terminis venditionis census iam creati, idem resoluit Felician. *de censib. 2. tom. lib. 2. c. 1. nu. 13. circa medium*, Gaspar. Roder. *lib. 2. de ann. redit. quæst. 21. nu. 22. post princip.*

39 ¶ La ignorancia siempre se presume en hecho ageno, *l. verius, ff. de probat. c. præsumitur, de regu. iur. in 6.* & in puncto Franch. *d. decis. 108. num. 4.* mayormente no siẽdo Iulio Espinola comprador, vezino de Cordoua, y estãdo ausente, y viuiẽdo en Madrid, *l. Titius, §. Lutius, ff. de liberis & posthum. l. plane, ff. de excus. totur.* glos. *in dict. cap. præsumitur*, Bald. & Abb. *num. 10. in cap. cognoscentes, de cõstitut.* & ibi etiam Felin. *n. 19.* Decius, *in fin.*

40 ¶ Y bien claramente se conoce que el comprador ignoraua la calidad del dicho censo, y del deudor del; porque si lo supiera, y las hypothecas anteriores que tenian los bienes sobre que estaua impuesto, no es de creer lo auia de comprar poniendose a tan notorio riesgo, argum. *l. cum de indebito, ff. de probat.* Franch. *dict. decis. 108. num. 4.* ni auia para que poner en la escritura de venta, la clausula de euiccion y saneamiento: pues, vt rectè inquit Franch. *dict. decis. 108. num 4. & 5.* era frustratoria, si el comprador sabia que el censo era incobrable, sino es entẽdiendola, como se deue entender generalmente, para en qualquier acontecimiento de faltar el dicho censo, y no poderse cobrar, vt infra dicetur.

41 ¶ Lo tercero, que la decision de la dicha *l. si nomen*, cessa, auiendo pacto y conuẽcion en contrario, videlicet, de que la deuda sera buena y segura, vt in eadem lege aperte deciditur, ibi: *Nisi aliud couenit*, & tradunt Franc. Becc. *cons. 105. n. 14.* Gaspar Rod *lib. 2. de ann. redit. q. 21. n. 20.* in emptione enim & venditione semper inspiciendum, sequendumque est id, quod est actum, *l. sed celsus 6. §. 1. ff. de contrah. empt.*

42 ¶ Y por la escritura de venta que se otorgò en fauor

fauor de Iulio de Eſpinola , los vendedores prometieron y ſe obligaron a que el dicho cenſo no ſol o ſeria cierto (q̃ es lo que miraua, a que iure debitum & exigibile eſſet) pero a que ſeria bueno y ſano, vt patet ex illis verbis, fol. 14. delo cõpulſado. *Y nos obligamos de le hazer, y q̃ le haremos a el dichos comprador cierto, ſano, y de paz el principal y renta deste dicho cenſo, &c.* que importa lo miſmo que ſi expreſſa y eſpecialmente huuieran prometido debitorem locupletem, & ſoluendo eſſe, vt probatur, *ex l. inter cauſas* 26. *§. abeſſe,* ibi: *Quia bonum nomen facit, ff. mandat. l. 1. ff.* ad Senat. *Conſul. Macedon.* ibi; *Nullius poſſe filij famil. bonum nomen expectata patris morte fieri*, & ibi exponit Gothifr. *Nomen bonum debitor idoneus, &c.* Bart. *num.* 3. Detius, *conſ.* 102. *num.* 1. verſ. *Et maxime prædicta in caſu nostro procedũt, quia promiſsit nomina quæ ceſsit, vera eſſet illeſſa, &c.* Iacob. Cancer. *lib.* 2. *var. c.* 6. *n.* 176. Rota Genuenſ. *deciſ.* 156. *num.* 3. Guzman, *de euictio. d. q.* 35. *n.* 14. 39. *&* 41. Anton. Fab. *in rationalib. add. l. ſi nomen* 4. *ff. de hæred. vel act. vend. tom.* 5. ibi: *Aliud eſt nomen ſimpliciter vendere, aliud vero bonum nomen, qui nomen ſimpliciter dicit debitorem intelligit, qui vero bonum nomen dicit debitorem locupletem, &c.* Gaſp. Rod. *de ann. redit. lib.* 2. *q.* 21. *n.* 21.

43 ¶ Y lo dicho ſe confirma con las palabras de la dicha eſcritura que eſtan mas abaxo, ibi: *Y ſi aſsi no lo cũplieremos, o incierto le ſaliere el dicho cenſo principal, o renta del, en todo, o en parte,* donde la euiccion y ſaneamiento de la renta del dicho cenſo, no pudo tener reſpeto, a que ſeria cierta y deuida de derecho, porque prometiendo ſer cierto y deuido el cenſo, quedauan tambien aſſegurados los reditos del, pues de otra ſuerte no fuera cierto el cẽſo, ſino reditura, y ſe deuieran ſus reditos: y aſsi para que el ſaneamiento dela renta y reditos del dicho cenſo, no ſea ſuperfluo, aduerſus, *l. ſi quandó, ff. de legat.* 1. & tradita per Bald. *in rub. C. de contrahen. empt. q.* 9. Dec. *conſ.* 102. *n.* 1. ſe ha de dezir preciſamente que mirò y ſe tuuo reſpeto en ella a que el dicho cenſo ſeria bueno y ſano, y ſus reditos ſiempre cobrables, regulariter enim euictionis cautio ſolet reſpicere, & comprehendere omnes caſus, quibus emptor re empta vti prohibetur, vt poſt Signorol. Alex. & alios, tradit Guzman, *de euiction. q.* 35. *n.* 41. *&* 42. ibi; *Promiſsionẽ*

que euictionis comprehendit omnes casus, quibus cessionarius priuatur vtilitate & beneficio rei cessæ, &c.

44 ¶ Y sacannos de toda duda las palabras que despues en la dicha escritura se siguen, ibi: *Y nos obligamos hazer el dicho saneamiento de tal manera, que el dicho señor Iulio Espinola, y quien del obiere causa a el dicho censo principal, y renta del, le ayan, tengan y possean, y gozen del, sin embargo, ni contradicion alguna,* que no pudieron ser mas expressas y claras para mostrar que los vendedores asseguravan, que el dicho censo siempre seria cobrable, y el comprador gozaria sin impedimẽto alguno del y de su renta, y que por qualquier causa que no gozasse, ellos se obligavan a la euiccion y saneamiento.

45 ¶ Lo quarto, y vltimo se satisfaze, con que aũque el vendedor de alguna deuda, regulariter nõ teneatur facere debitorem esse locupletem; pero està obligado, aũque no solo la deuda sea cierta, verumetiam a que nullam exceptionem patiatur, *l. & quidem sine exceptione quoque 5. ff. de hæred. vel act. vend.* & ibi notant omnes, maximè Antonin. Faber, *in rationalib.* Iacob. Cuiac. *lib. 32. Paul. ad edict. in eadem l. & quidem,* Decius, *cons. 102. n. 1.*

46 ¶ Y el censo que a Iulio Espinola se vendio, y en que sucedieron los dichos menores, no se puede dezir, que erat debitum de iure, & absque exceptione aliqua, porque como de los dichos testimonios preseãtados por los dichos menores, parece las hypotecas todas del dicho censo han faltado, porque se vendieron con los demas bienes de Frãcisco Sanchez de Toledo, para hazer pago a sus acreedores, y assi el dicho censo se extinguiò y faltò, deficientibus enim hypothecis census etiam deficit & extinguitur, prout verius asserentes resoluunt pluribus adductis Auendañ. *de censib. cap. 60. per tot. & c. 58.* Sigism. Scacci. *de commerc. §. 1. q. 1. n. 176. & seqq.* Lndou. Cenc. *de censib. p. 3. c. 1. q. 1. art. 1. & seqq. & p. 1. c. 3. q. 1. art. 6. a nu. 10.*

47 ¶ Supuesto pues que los vendedores por la dicha escritura de venta se obligaron a la euiccion del dicho censo, como quiera que saliesse incierto, o no cobrable, llegò el caso del dicho saneamiento, y de poder los susodichos ser conuenidos y executados por el, porque aunque para que el obligado a el saneamiento puede ser conuenido

do es necessario que conste no poderse cobrar del deudor principal, y hazer excusion en sus bienes; & sic ha llegado el caso de la euiccion, *l. inter creditricem, ff. de fidei iussor. l. si à testipulatus 150. ff. de verbor. signif. l. si plus, § mora, ff. de euiction. l. fin. ff. si cert. petat.*

48 ¶ En nuestro caso se defirio en el juramento de Iulio Espinola, y de las personas que en el dicho censo sucediessen la liquidacion y prueua de auer llegado el caso del saneamiento, y assi bastaua el juramento de los dichos menores, hijos y herederos de Pedro de Harana, y de su curador: sin ser necessaria otra diligencia, conforme a el dicho pacto, que fue valido, *ex l. ius iurandum quod ex conuentione* 17. & ibi Bart. Bald. Ias. *ff. de iur. iuran.* Mastril. *decis. 80. à n. 1.* Parlador. *lib. 2. c. fin. p. 1. §. 12. limit. 4. n. 37.* Franci Becc. *consil. 106. num. 21.* Fontanel. *de pact. nup. claus. 5. glos. 8. à num. 1.* Pheb. *decis. Portug.* 51. Cæs. Manet. *decis. 88. per tot.*

49 ¶ Y no era necessario hazer excusion, porque esta se tiene por hecha, quando consta notoriamente, que el deudor principal, non est soluendo, pues entonces son superfluas qualesquier diligēcias, argum. *l. nam is, ff. de pr.* & tradunt Iacob. de Aren. *de excuss. bon. à n. 5.* Tiber. Dec. *resp. 42. n. 9. volu. n. 2.* Valent. Franc. *de fidei iuss. c. 5. n. 316.* Hering. *eod. tract. c. 27. part. 1. num. 199.* Franc. Viu. *decis. 269. n. 2.* Aug. Barbos. *in collect. ad decretal. in c. 2. n. 16. de fidei iussor.*

50 ¶ Y bastante prueua desta notoriedad es, auer concurso de acreedores de mas de doze mil ducados a todos los bienes de Francisco Sanchez de Toledo, deudor principal del dicho censo: eo enim casu apud omnes indubitatum est excusionem non requiri; sed potius haberi pro facta, vt pluribus adductis tradūt Negusant *de pignor. 1. memb. 8. part. num. 15.* Caldas, *de empt. & vendit. cap. 3. n. 18.* Carroc. *de excuss. bon. q. 32. & 35. part. 2.* Carthar. *decis. 45.* Anto. Hering. *d. cap. 27. p. 1. n. 201.* Rot. Genuer. *decis. 158. n. 8.* Andr. Gail, *lib. 2. obser. 27. n. 16.* Augusti. Barbos. *in d. c. 2. n. 16. de fidei iuss.* Guzman, *de euiction. q. 4. num. 80.*

51 ¶ Porque no es justo obligar a el acrredor a litigar vn pleyto largo y dudoso con el deudor principal, y

a padecer los gaſtos y moleſtias, que es preciſo tenga; *l. à Diuo Pio 15. §. ſi ſuper*, verſ. *Sed & illud, ff. de re iudic.* ibi; *Vbi controuerſia eſt de pignore, illud dimitti debere, & capi aliud, ſi quod eſt, ſine controuerſia*, notant gloſ. *in d. l. §. ſic quoque, verb. aliud*, Bart. *in Auth. de fidei iuſſor. § ſed neque, n. 10.* & ibi etiam Angel. Anton. Faber. *de error. decad. 5. error. 7.* optimè D. Molin. *lib. 4. de primog. c. 7. n. 31.* ibi; *Quae omnia ex eo etiam comprobantur, quod cum bona libera pluribus hypotecis ſubiecta ſint, non poterit creditor antiquior in illis exactionem facere, abſque pluribus litibus, & controuerſijs, quae inter ipſum, & alios creditores neceſſario tractari debent, ſicut in ſimilibus negotijs frequenter per longiſsimum temporis ſpatium tractari ſolent, ideoque ſuccedit regula, quòd quandò aliquis tenetur facere excuſsionem in bonis alterius ab excuſsione facienda liberatur, ſi ſuper eiſdem bonis aliqualis inter ipſum, & alios creditores eſſe ſperatur: imò in eo caſu poterit, abſque excuſsione ad bona quae abſque lite & controuerſia, ſibi debentur recurrere omiſsis bonis litigioſis, &c.*

52 ¶ De donde ſe ha de notar, que aunque ſea el acreedor mas antiguo, con todo ſi ay otras hipotecas a los bienes libres, porque puede auer pleytos con los demas acreedores poſteriores. Dize el ſeñor Molina, que puede acudir a los bienes del mayorazgo, que ſolo eſtan obligados, en caſo de faltar los libres, & ſic veluti a el ſaneamiento, *l. pater filium, ff. de legat. 3.* Dom. Molin. *d. cap. 7. á num. 1.*

53 ¶ Con quanto pues mayor razon deue tener eſto lugar en nueſtro caſo, que no ſolo ſe eſperauan pleytos, ſino que lo auia ya de concurſo de acreedores, tan prolixo y largo, como ſiempre ſuelen ſer: y que el credito del dicho cenſo no era el mas antiguo, ſino antes ſe le dio en el dicho concurſo el nono lugar, con que nunca, o por lo menos en muchos años no ſe podria cobrar.

54 ¶ Lo qual ſolo baſtaua, vt de euictione agi poſſet: pues eſtando como eſtan por el dicho pleyto de cõcurſo, y ſentẽcia de graduacion, impedidos los dichos menores de gozar del dicho cẽſo, y de cobrar ſus reditos, es lo miſmo q̃ ſino ſe les huuiera entregado, & euictionis remedio experiri poſſunt, *l. 3. l. exempto 11. §. idem Neratius, ff. de action. empt.* Bald. *in l. emptor, num. 7. C. de euiction.* Saraphin.

deciſ.

*decis.*671.*num.*7.Ioann.Gribell.*decis.*117.Malescot. *lib.*1. *variar.cap.*76.*num.*3.*&* 4.Guzman, *de euictión. quæstio.*56. *á numer.*4.

55 ¶ Et in nostris terminis expressé resoluit Felician. *de censibus,* 2.*tom.lib.*2.*cap.* 1.*num.* 14. ibi: *Sed dubium est an si debitor obtinuerit saluam conductum, aut dilationem à maiori parte creditorũ, vel si suos nominauerit in iudicio creditores, vulgo, hiziesse processo de acreedores, illico emptor in hac specie, possit contra venditorem agere de euictione, & partem agentem decidit eleganter & erudite Rota Genuens.decis.*156.*a n.*5.*vsque ad n.*11.*quam videas.*

56 ¶ Vltrá de que entre los modos, que ponen los Doctores para hazer legitimamente excusion; vno es, que se mande al fiador, o al tercero, que in subsidium tenetur, que dentro de vn breue termino, dè y muestre bienes bastantes del deudor principal de que se pueda cobrar; y no dandolos, excusio habetur pro legitimé facta, & potest aduersus fideiussorem seu dictum tertium procedir, vt testantur Angel.*in* §.*item si quis in fraudem,nu.*7. & ibi etiam Ioss. *num.*86.*Institu.de action.*Parlador.*lib.*2.*rerum quotidia.cap. fin.*4.*part.*§.7.*n.*18.

57 ¶ Quinimò, que aun le baste al acreedor dezir, q̃ no ay bienes algunos del deudor principal, y que el fiador ò tercero que opusiere los ay, y que se haga en ellos excusion, lo deue prouar y mostrarlos, argum. glossæ *in l.cum de lege,ff.de probat.*tradunt Angel.& Immol.*in l.à Diuo Pio,* §.*in venditione,ff.de re iudic.*Roland.*cons.*99.*nu.*30 *&* 35. *lib.*1.Cancer.videndus, *lib.*1.*variar.cap.*9,*num.*103.*per tot. maximé in fin.& lib.*2.*cap.*5.*num.* 155. *in fin.* Viuius, *decis.* 269.*num.*2. Anton.Fab.*de error.Decad.*5.*error.*8.*n.*5.

58 ¶ Y conformandose con esto el Iuez inferior por el auto de 10.de Iulio de 1621.mandò a la Ciudad, diesse dentro de nueue dias bienes de Francisco Sanchez de Toledo libres, y de que los dichos menores pudiessen cobrar, y no dandolos dentro de otros nueue, les pagasse lo que se les deuia con apercebimiento de execucion, con que se h[illegible] de tener por legitimamente hecha, por no auer cumplido la Ciudad, lo vno, ni lo otro.

59 ¶ A que no obstará dezir, que deste auto se apelò por la Ciudad, y que con la apelacion se suspendio su efeto, y

to, y no se deuio proceder á la execució, y todo lo que despues se hizo fué nulo y atentado.

60 ¶ Porque a esto (quando la apelacion no vuiera sido como fue ilegitima, y el dicho auto no vuiera passado en cosa juzgada) se satisfaze, con que aunque el instrumento iliquido, o condicional (como era el nuestro) no se puede executar, nisi facta prius liquidatione, seu verificata conditione, el juyzio preuio de la liquidacion se juzga por parte de la execucion, y es tábien sumario y executiuo, vt post Cótard. Lancellot. & alios inquit Scaccia, *de appellat. quæst.* 17. *limitat.* 1. *num.* 48. Salgad. 4. *part. cap.* 10. *à num.* 25. *&* *cap.* 5. *num.* 68.

61 ¶ De que resulta, que en el juyzio preuio, de qualquier declaracion, o auto que se haze, no es licita la apelacion, quoad effectũ suspensiuum, ni causa nulidad, o atentado en la execucion, que sin embargo della se haze, Bald. *in l. terminato, n.* 6. *&* 8. *in fi. C. de fructib. & lit. expens. in l.* 2. *C. de execut. rei iudicat.* Gratian *disceptat.* 83. *a num.* 48, *& diceptat.* 333. *per tot.* Roca, *diuersor. decis.* 100. *a numer.* 14. *&* 29. *part.* 1. Salgado, 4. *part. cap.* 10. *a num.* 7. *ad* 30, Parlad. *lib.* 2. *cap. fin.* 1. *part.* §. 12. *num.* 32, *qui num.* 38. rectè infert ad casum nostrum idem dicendum esse in instrumento vẽditionis, quo euictio promissa est.

62 ¶ Y mas en terminos que de la pronunciacion sobre el articulo de la excusion, quando se procede (vt in nostro casu) en virtud de instrumento guarẽtigio, no se dè apelacion, tradit idem Parlador. *lib.* 2, *cap. fin.* 4, *part.* §. 7. *n.* 22. ibi: *Quamquam illud vt malitijs hominum ob viam eatur nõ erit obliuiscendum, si ab huiusmodi interloqutione appellatum fuerit á fideiussoribus, seu tertijs possessoribus deferré appellationi non debere iudicem, &c.*

63 ¶ Y que si dentro del termino que el Iuez señala alguna de las partes no liquida, o prueua lo que se le manda, puede y deue proceder a execucion, sin aguardar, ni esperar mas, tradit Puteus, *decis.* 471, *in fine lib.* 2. Socin. *cons.* 12, *num.* 3, *lib.* 1, & alijs adductis Salgad. 4, *parte cap.* 10, *n.* 69, *& cap.* 13, *n.* 69. *&* 70.

64 ¶ Sed quid plura, si de los testimonios presentados por los dichos menores, maximè del que está en el Rollo, fol. 34. consta, q̃ no solo los bienes hypotecados sobre que

que se impuso el ditho censo, pero todos los demas tambien de Francisco Sanchez de Toledo se vendieró para hazer pago á sus acreedores; y aunque con su precio se pagò a algunos, no vuo para pagar a los dichos menores el principal y corridos del dicho censo, por tener posterior lugar por la sentencia de graduacion, con que no se podra dudar de que han faltado los bienes todos del dicho Francisco Sáchez.

65 ¶ Ni se podra dezir, que el no auer cobrado los dichos menores, ha sido por su descuydo, pues se pagó a la Capilla Real, teniendo el 17. lugar por la sentencia de graduacion, y ellos tenian el nono.

66 ¶ Porque se satisfaze, con que aunque por la sentencia de graduacion del Iuez ordinario se le dio a la Capilla el 17. lugar, despues en esta Chancilleria por sentencias de vista y reuista se alterò en esto, y se le dio el primero lugar, como parece del testimonio que los menores presentaron, fol. 21.

67 ¶ Y menos se podra oponer, que desto deuia constar antes de hazerse la execucion, porque lo cierto es, que en vn mismo juyzio y a vn tiempo se puede intentar contra el que in subsidium tenetur, y hazer la excusion, vt eleganter tradidit Bald. *in l. cum testamento, C. de testam. manum.* Alex. *consi.* 85. *vol.* 6. Palac. Rub. *in l.* 63. *Taur. num.* 44. Do. Greg *in l.* 14. *glos. magna, limitat.* 12. *titu.* 13. *partit.* 5. Paul. Paris. *cons.* 50. *num.* 46. *lib.* 1. Cancer. *lib.* 2. *variar. cap.* 5. *nu.* 160. aunque sea el juyzio executiuo, vt defendit Didac. Perez, *in l.* 4. *titu.* 8. *lib.* 3. *ordin. glos.* 1. Ioann. Gutierr. *de iur. confirmat.* 1. *part. cap.* 23. *num.* 13. Flores de Mena, *lib.* 1. *var. q.* 11. *n.* 31. *&* 32.

68 ¶ Porque conocida la justicia principal, nò se deue hazer caso de qualquier omission de solenidad, porque se deue juzgar siempre la verdad sabida, sin dar lugar a nueuos pleytos y gastos, *l. fin. ff. quod met. caus. l.* 10. *titu.* 17, *libr.* 4. *Recop.* Mieres, 3. *part. quæst.* 24. *n.* 8. Lara, *lib.* 1. *de Capit. cap.* 10. *à num.* 69. & in terminis excusionis Flores de Mena, *lib.* 1. *variar. q.* 11. *n.* 4.

69 ¶ De lo dicho claramente se manifiesta la justificacion del auto de diez de Iulio de 1261. y que contra la dicha ciudad, como possedora de las casas hypotecadas a

la ſeguridad, y ſaneamiento del dicho cenſo, legitimamente ſe introduxo, y ſiguio el pleyto executiuo, por no auer bienes de Frãciſco Sãchez de Toledo, y ſer los dichos menores acreedores primeros q̃ la Ciudad, cõ q̃ deuian ſer preferidos, iuxta *cap. qui prior de reg. iur. lib. 6.* y podian auocar las dichas caſas, que ſe le auian adjudicado a la ciudad, *l. creditor 12. ff. qui potio in. ſi pign. hab.* Mayormente auiendoſele rematado, o adjudicado con carga de los cenſos, y deudas primeras a q̃ eſtuuieſſen las dichas caſas obligadas, ad textum, *in d. l. creditor 12.* ibi: *Et adiudicari ei poterit hypotheca, vt tamen prior cum eo agendo, auferat ei rem.*

70 ¶ Y aunque Diego Nuñez en eſte pleyto ha alegado, que el remate de las dichas caſas no fue legitimo, ni valido, porque interuino leſion enormiſsima, y no ſe le notificò dieſſe mayor ponedor.

71 ¶ Sobre lo primero no ha hecho prouança, como deuia hazerla, cum læſionem allegãti incumbat onus probationis, *l. nam & poſtea, §. minor vbi DD. ff. de iur. iur.* Natta, *conſ. 605. nu. 8.* Alex. Ludou. *deciſ. 12. nu. 2. & deciſ. 553. n. 1.* quia venditio ſeu additio ſemper præſumitur iuſto pretio facta Bald. *in l. ſi fundus, in fin. ff. de reb. cor.* Pinel. *in l. 2. C. de reſcind. vẽdit. p. 3. c. 4. n. 43.* Alex. Ludou. *d. deciſ. 553. num. 2.*

72 ¶ Y lo ſegundo, ni baſtaua para anular el remate, ni es cierto en el hecho, porque a el dicho Diego Nuñez, y a la ciudad deſpues de ſentẽciada la cauſa de remate, ſe les notificò dieſſen mayor ponedor, como parece de lo compulſado, fol. 83.

73 ¶ Y aſsi parece no ſe puede dudar de que los dichos autos, y ſentencia de remate paſſaron en coſa juzgada, y que quando ſe pudiera tratar de ſu juſtificacion, es euidente, y que el remate ſe hizo legitimamente en los dichos menores, como en mayores ponedores.

ARTICVLO SEGVNDO.

74 EN eſte procuraremos excluir la pretenſion de Diego Nuñez de Toledo, de que los dichos menores le bueluan las caſas que ſe les remataron, por eſtar ya pagados de ſu credito con los alquileres

que

que han merecido las dichas casas.

75 ¶ Quatro son los remedios, que la glos. *in l. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora*, verbo, *addicantur, ff. de re iudicat.* dà a los acreedores, para que teniendo cosa juzgada en su fauor puedan en su execucion cobrar sus creditos, in hæc verba: *Et nota quod quadruplex est via victori. Primò vt quasi pignora teneat. Secundò, si magis velit addicantur sibi pro quantitate debita non pro minori, vt hic, & hæc addictio est quasi emptio. vt C. de euiction. l. si prædium. Tertiò, quia potest licitari, & emere ab executore, vt quilibet alius, vt C. si in caus. iudic. pign. l. 2. Quartò, quia si victor callidè fecerit quod non inueniretur, dominium à Principe impetratur, &c.*

76 ¶ Sequuntur Bart. Paul. Immol. Alex. & Iaso. ibi Bald. *in l. ordo* 3. *num.* 1. *C. de execut. rei iudic.* Donell. *lib.* 27. *comment. c.* 3. Licet hæc remediorum traditio non omnimodo placeat Anton. Fab. *de errorib. decad.* 56. *error.* 1. *& seqq.* Duaren. *ad d. §. si pignora.* Alciat. *lib.* 6. *paradox. c.* 3.

77 ¶ En los terminos del primer remedio, quando in executionem sententiæ res debitoris tanquam pignora capientur, iureque pignoris tenentur, vt *in l.* 1. *C. si in caus. iudic. pign.* ibi: *Pignoris iure teneri.* Cierto es, que no passa el dominio en el acreedor, y que los frutos estará obligado a imputarlos en la suerte principal, *l.* 1. & 2. *C. de pign. act.*

78 ¶ Sed quando bona debitoris creditori addicuntur, tunc in eum dominium transfertur, & tanquam ea bonis proprijs fructus suos facit, vt non obscurè probat text. *in l. ordo* 3. *C. de execut. rei iudic.* ibi: *In possessionem earum remittet, vt vel hoc remedio res tandiu protracta ad effectum producatur.* Vbi notat Bald. & Salicet. *d. l. à Diuo Pio, §. si pignora*, ibi: *In creditum possidere*, vt recte inferunt Forcatol. *dialog.* 13. *n.* 5. Alciat. 3. *paradox. cap.* 16. cum in creditum eatur, quando dominium transit, & in terminis agnoscunt, gloss. verbo, *addicantur, in d. §. si pignora*, & ibi Bart. Paul. Castrens. *n.* 2. Alex. *n.* 7. & Ias. *n.* 4. Bald. & Salicet. *in d. l. ordo*, Ioan. Gutierr. *lib.* 2. *pract. q.* 157. *n.* 2. Gironda, *de gabell. p.* 5. *n.* 49. Lassarte, *de decim. vendit. c.* 7. *n.* 54. Donell. *d. libr.* 27. *cap.* 3. & ibi Osuald. *lit. aa.* latè Anton. Fab. *d. decad.* 56. *error.* 3. *cum alijs seqq.* & apertè deciditur, *in l. fin. tit.* 27. *p.* 3. ibi: *Estonce deue el juzgador otorgarla al vencedor, como en manera de compra, por tanto quanto entendiere que vale la cosa.*

Y en

79 ¶ Y en estos terminos procede y tiene lugar la pratica y estilo los Tribunales superiores, que apelandose por el Reo de la sentencia de remate, los señores Iuezes superiores suelen ex æquitate confirmar la execució y remate, con que si dentro de cierto termino el Reo paga la deuda con las costas, se le bueluē los bienes rematados, y aun entonces es necessario aya alguna causa justa para ello, como es auerse rematado los bienes en menos de lo que valen, o otra semejante, prout testantur Dom. Couar. *lib. 2. variar. cap. 10. num. 3.* Paz, *in praxi, 1. tom. 4. part. cap. 5. num. 48. & 49.* Parlado. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. part. §. 16. num. 8.* Flores de Mena, *in additionib. ad decision. Gammæ* 40. Azeued. *in l. 19. n. 127. titu. 21. lib. 4. Recopilat.* eleganter Ioan. Gutierr. *lib. 2. practic. quæst. 161. num. 4. & 5.* y no se haze la restitucion con frutos, vt expressè profitentur Dom. Couarru. & Paz, *vbi supra,* Didac. Perez, *in l. 4. tit. 8, lib. 3. ordinam. pagin. 627. colum. 1.* Lasarte, *de Gabellis, cap. 7. n. 58.*

80 ¶ Pero quando el acreedor, vsa del tercero remedio, que dá la *gloss. in d. §. si pignora, verbo, addicantur,* y vēdiendose los bienes en publica almoneda, el los pone, y puxa, y se rematan en el, tunc vera emptio contrahitur, & dominium in creditorem transfertur, como si se remataran en otro qualquier tercero, textus est expressus, *in l. 2. C. si in causa iudicati pignus captum sit,* ibi: *Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is cui iudicatus satis non fecit, ad licitationem secundum cōstituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet,* vbi notant omnes, glossa, & cæteri DD. *in d. l. à Diuo Pio, §. si pignora,* Lassart. alios referens, *de decim. vendit. c. 7. n. 54.* ibi: *Secus autem esse dicunt si in publica subhastatione alteri extraneo, aut etiam ipsi creditori pluris licitanti res illa executioni subiecta venderetur quia tunc pura, & vera venditio cōtrahitur, & est, &c.*

81 ¶ Eleganter Ant. Faber. *de erroribus, decis. 56. errore* 2. ibi; *Simile aliud remedium illud est, quid inter Præses Accursio semper duo tribuunt creditori, vt licitetur ipse & emat, siue alius emptor nullus sit, siue alius quidem sit, sed qui non satis dignum pretium afferat ex d. l. 2. C. eod. si in caus. iudic. pign. capt. sit nam neque hoc casu remedio vllo indiget creditor, qui emendo per se pignus nō minus indemnitatem consequitur, quam si extraneus*

neas aliquis emptor inueniretur. Iacob. Cuiac *in lib. 8. codic. titul. 23. circa finem,* Donell. *lib. 27. comment. cap. 3.* & ibi Osuald. *litera X.*

82 ¶ Porque no solo le es licito al acreedor el comprar las cosas de su deudor, que se venden para hazerle pago, antes deue ser preferido a los demas, que quisieren cõprar, *l. tum bona 16. ff. de bon. author. iudic. possid* aliàs *l. 1. ff. de priuileg. creditor,* & ibi notat Gotifred. Porlador. *lib. 2. cap. fin. 5. part. §. 13. num. 10.*

83 ¶ Sin que pueda el deudor despues sacarlas, sino es por los remedios ordinarios, ex quibus venditiones rescinduntur, vt notabiliter inquit Bald. *in l. 2. C. si in caus. iudic. pignus captum sit, nu. 2* ibi: *Vt ergo fugias omnes opiniones circa recuperationẽ rei, melius est, quod vendatur ei tanquam extraneo,* Paulus Castrens. *in dict. l. à Diuo Pio, § si pignora, n. 1.*

84 ¶ Ni en este caso procede, ni tiene lugar la pratica de los Tribunales superiores, que referimos supra num. 63. como en termino lo notò Feliciano, que fue el mayor defensor de la dicha pratica, *tom. 2. de censibus, lib. 1. cap. 3. nu. 3. & 4.* maximè, ibi; *Et quidem hoc ipsum locum obtinet vbi etiam creditori pluris licitanti res ipsa addiceretur in publica subhastione, vt rectè notat Lasarte, dict. cap. 7. num. 54.* vers. *Secus autẽ esse dicunt, quia tunc creditor plus offerens extranei loco est, vnde quoad illum vera quoque contrahitur emptio & venditio, quibus in terminis lapsis temporibus quæ ex inueterata huius regni consuetudine conceduntur debitori ad retrahendas res additas in publica subhastatione* (q̃ son los nueue dias que el señor Presidente Couarruuias, y los demas referidos supra num. 63. dizen) *Vidi semper receptum praxi debitorem non admitti, nec petentem rescisionem contractus audiri post quadriennium, nec intra quadriennium non probata læsione vera vltra dimidiam, idque & iure & ratione consistit, vt supra demonstratum est, & n. 6. in fin.* vers. *Vnde.*

85 ¶ Este lugar es decisiuo de nuestro pleyto, porq̃ los dichos menores posseen las casas tanquam pignora, no se les adjudicaron por su deuda, que son el primero y segũdo remedio de la *gloss. in dict. l. à Diuo Pio, § si pignora,* verbo *addicantur ff. de re iudic.* antes estando las posseyendo en virtud de la sentencia de remate y mandamiento de apremio y pago, pidieron ante la justicia de Cordoua mandasse vẽderlas en publica almoneda, y auiendose mandado y sacado a e

do a el almoneda las dichas caſas, y hechoſe diferentes poſturas y puxas: vltimamente Chriſtoual de Atiença curador de los dichos menores hizo puxa de veynte mil marauedis, y las puſo en 420U000. marauedis, que eran 12U220. menos de la cantidad que ſe le deuia, y auiendoſe aſſignado dia para el remate, y notificadoſe a Diego Nuñez de Toledo, y a la parte de la Ciudad, ſe remataron las caſas en los dichos menores, como en mayores ponedores, con que no ſe puede dudar de la juſtificacion del dicho remate, y ſe deue juzgar de el, como ſi ſe vuiera hecho en qualquiera perſona eſtraña, ex ſupra adductis.

86 ¶ Y no podra dezir Diego Nuñez de Toledo, que aunque ſe le denegò a la Ciudad por el auto de 23. de Iulio de 1622. la reſtitucion pedida por ſu parte contra el dicho remate, fue con declaracion que pagando a los dichos menores los marauedis que ſe les deuian, porque tenian tomada poſſeſsion de las caſas, las boluieſſen al poſito de la dicha Ciudad, y que aſsi por lo menos pagandoles oy a los dichos menores los quatrocientos y veynte mil marauedis en que ſe les remataron las caſas, las deuen reſtituyr.

¶ Porque a eſto ſe reſponde, que el dicho auto no ſe notificò a los menores, con que en quanto a ellos no paſsò en coſa juzgada, y aſsi en virtud dello no puede el dicho Diego Nuñez pretender ſe le reſtituyan las dichas caſas: pues el dicho auto, reſpeto de los dichos menores, fue, y es apelable, no ſolo por la reſtitucion que les compete, pero aun por derecho ordinario.

88 ¶ Demas, que la facultad de ofrecer a los dichos menores ſu deuda, y de recuperar aſsi las caſas, ſolamente ſe dio por del dicho auto a la dicha ciudad, mouiendoſe a caſo el juez ex textu in *l. 1. & 2. cum alijs ſequentibus, C. qui potiores in pign. habeatur*, vbi ius referendi conceditur ſecundo creditori; y de que a la ciudad le competia el beneficio de reſtitucion, por no auer vſado de eſte remedio; y aſsi ſolamente pudiera vſar, y aprouecharſe de la dicha facultad, concedida por el dicho auto la ciudad: y en ninguna manera la ciudad ha querido vſar ni valerſe de ella: porque ſolo ha dicho agrauios del auto de 10 de Iulio, y de los demas de la execucion, vt ſupra obſeruatum eſt. Y Diego Nuñez de Toledo aunque quiſiera vſar y valerſe del dicho remedio

medio y facultad nõ pudiera; porque ni se le concedio por el dicho auto, ni le compete por derecho, ad text. *in l. 2. C. si antiq. cred.* ibi: *Obligata pignoris iure creditore recte distrahẽte post debitor emptori prætium offerens, vel creditori quod debuit euincere non potest, l. si cessante 7. l. si prius 8. in fi. l. quia creditore 18. C. de distractione pig.*

89 ¶ Y vltimamente, aunque al dicho Diego Nuñez le compitiera el dicho remedio, no lo ha intentado, sino lo que ha pretendido, y pretende es, que los dichos menores estan pagados con los reditos y pensiones de las dichas casas, y que assi se les deuen restituyr, en que no tiene justicia, vt supra dictum est. Y assi esperamos, que la sentẽcia del Alcalde mayor de Cordoua, en que absoluio y dio por libres a los menores se ha de confirmar, denegando a la ciudad, y a Diego Nuñez de Toledo lo que pretenden. Salua D. V. C.